Sygn. akt KIO 2859/20

WYROK
z dnia 20 listopada 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Anna Packo

Protokolant:Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 listopada 2020 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 listopada 2020 r. przez wykonawcę **PGNiG Gazoprojekt Spółka akcyjna z siedzibą we Wrocławiu**

w postępowaniu prowadzonym przez **Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM Spółkę akcyjną z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **ILF Consulting Engineers PolskaSpółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1.uwzględnia odwołanie i nakazuje Operatorowi Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM Spółce akcyjnej unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dla części 1. i 2. zamówienia oraz ujawnienie treści wyjaśnień złożonych przez ILF Consulting Engineers PolskaSpółkę z ograniczoną odpowiedzialnością pismem z 18 września 2020 r. za wyjątkiem załączników w postaci ofert podwykonawców,

2.kosztami postępowania obciąża Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM Spółkę akcyjną i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez PGNiG Gazoprojekt Spółkę akcyjną tytułem wpisu od odwołania,

2.2.zasądza od Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM Spółki akcyjnej na rzecPGNiG Gazoprojekt Spółki akcyjnej kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie
7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:……..…

Sygn. akt: KIO 2859/20

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM Spółka akcyjnaprowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „opracowanie dokumentacji projektowej i sprawowanie nadzoru autorskiego dla inwestycji Budowa gazociągu DN 1000, MOP 8,4 MPa Gustorzyn – Wicko, w podziale na 2 części, tj. część 1. odc. Gustorzyn –
– Gardeja i część 2. odc. Gardeja – Kolnik" na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.
Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 2 lipca 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 126-309129. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.
I Stanowisko Odwołującego
Odwołujący – PGNiG Gazoprojekt Spółka akcyjna wniósł odwołanie – w zakresie obu części postępowania – w związku z zaniechaniem Zamawiającego polegającym na nieodtajnieniu treści wyjaśnień dotyczących elementów oferty wpływających na wysokość ceny, złożonych przez ILF Consulting Engineers Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, zwanego dalej „Przystępującym", na skutek czego Zamawiający uniemożliwił Odwołującemu zapoznanie się z treścią tych wyjaśnień (zarzut główny) oraz w związku z czynnością Zamawiającego polegającą na nieodrzuceniu oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych jako oferty zawierającej rażąco niską cenę
w stosunku do przedmiotu zamówienia, względnie na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, i w efekcie na wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu (zarzut ewentualny), czym Zamawiający naruszył:
1. zasadę jawności wyrażoną w art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nieprawidłowe zastosowanie art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych na skutek niewłaściwej oceny zastrzeżenia przez Przystępującego informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, ewentualnie:
2. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych (względnie art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego,
3. art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie wyboru oferty, która powinna podlegać odrzuceniu.
Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i o nakazanie Zamawiającemu:
1. unieważnienia czynności wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej
w postępowaniu, dla obu części postępowania,
2. odtajnienia zastrzeżonych przez Przystępującego wyjaśnień dotyczących elementów oferty wpływających na wysokość ceny,
3. ewentualnie, gdyby Izba, nie uwzględniła wniosku o nakazanie Zamawiającemu odtajnienia wyjaśnień Przystępującego dotyczących elementów oferty wpływających na wysokość ceny – odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych (względnie art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych),
4. wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty złożonej w postępowaniu,
5. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów ze wskazanych dokumentów z akt postępowania przetargowego.
W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że, zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia
16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, aby skutecznie zastrzec określone informacje jako tajemnicę

przedsiębiorstwa Przystępujący powinien wykazać, że: 1) są to informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, 2) informacje te jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, 3) Przystępujący podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Przystępujący wykazując, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, do części przesłanek wymienionych w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji odniósł się jedynie lakonicznie, ogólnie, nie popierając ich żadnymi dowodami.
W zakresie przesłanki opisanej w punkcie 1) wskazał jedynie ogólnie, że „dane objęte wyjaśnieniami (...) mają kluczowe znaczenie dla gospodarczych interesów ILF (posiadają wartość gospodarczą)". Gołosłowne są twierdzenia Przystępującego, jakoby „wskutek ewentualnego ujawnienia zawartych w przedmiotowych wyjaśnieniach informacji, ILF zostanie narażony na poniesienie znacznej szkody także w kontekście uczestnictwa w innych przetargach, gdzie wobec upowszechniania tak wrażliwych informacji, pozycja ILF zostanie osłabiona". Odwołujący podkreślił, że już sama decyzja udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia powoduje, że każdy wykonawca musi liczyć się z dużym stopniem jawności składanych przez niego informacji, a obejmowanie wielu danych tajemnicą przedsiębiorstwa stanowi najczęściej wyłącznie przejaw nieuczciwej gry rynkowej. Jak wskazano w wyroku KIO 882/20 „każdy wykonawca, decydując się na wzięcie udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jednocześnie musi zdecydować się na poddanie się regułom transparentności (przejrzystości), które nie obowiązują w zwykłym niepublicznym obrocie lub jego stosunkach wewnętrznych. Zatem na gruncie zamówień publicznych nie jest wystarczająca jego chęć zachowania oferty lub jej elementów w poufności, przeczy to bowiem konieczności zachowania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami, której bezpośrednio służy jawność postępowania, w tym ofert konkurentów". Możliwość wyłączenia jawności postępowania nie może być nadużywana, traktowana rozszerzająco, a uprawnienie do zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być stosowane do gry konkurencyjnej wykonawców, lecz ma za zadanie zapewnić im ochronę tajemnicy przedsiębiorstwa, ściśle w granicach jej definicji zawartej w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tak w wyroku KIO 260/19). Zasada jawności postępowania wyrażona w art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych jest jedną z podstawowych zasad udzielania zamówień, gwarantuje prawidłowość procedury i możliwość wzajemnej weryfikacji przez wykonawców rzetelności działań zarówno ich konkurentów, jak i samego zamawiającego w postępowaniu. „Złożenie gołosłownych wyjaśnień, bez wskazania konkretnych dowodów, nie może być podstawą do jej ograniczenia. Przyjęcie odmiennej argumentacji pozwoliłoby wykonawcom biorącym udział w postępowaniach dokonywanie zastrzeżeń jawności informacji zawartych w ofertach w każdym przypadku, w którym takie zastrzeżenie uznaliby za korzystne dla siebie, bez konieczności poczynienia jakichkolwiek wcześniejszych starań pozwalających na zachowanie poufności tychże informacji. Takie działanie prowadziłoby do nagminnego naruszania zasady jawności postępowania i – jako takie – byłoby zjawiskiem niekorzystnym i niebezpiecznym z punktu widzenia również takich zasad postępowania, jak zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców" (wyrok KIO 1692/20).
Ponadto ustawodawca w art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wyraźnie uzależnił zaniechanie ujawnienia określonych informacji od tego, czy wykonawca wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa – sformułowanie „wykazał" z całą pewnością nie oznacza wyłącznie „oświadczenia", czy „deklarowania", ale stanowi znacznie silniejszy wymóg „udowodnienia". Tym samym, aby zastrzeżone przez wykonawcę informacje mogły zostać nieujawnione, wykonawca musi najpierw „wykazać", czyli udowodnić, że w stosunku do tych informacji ziściły się wszystkie przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (wyrok KIO 1152/20).
Wyjaśnienia dotyczące elementów oferty wpływających na wysokość ceny ujawniają zazwyczaj przede wszystkim informacje dotyczące składników ceny oferty, która co do zasady ma charakter jawny, podają czynniki wpływające na obniżenie ceny (tak w wyroku KIO 1453/20). Tak właśnie należy rozpatrywać sformułowanie zawarte w wyjaśnieniach Przystępującego: „dane objęte wyjaśnieniami, w tym stawki wynagrodzenia za poszczególne elementy zakresu zamówienia", czy też „ILF ujawnia nie tylko szczegóły dotyczące budowania ofert, ale także tak wrażliwe dane jak średnie stawki wynagrodzenia oraz planowany zysk".
Istnieje możliwość, że część wyjaśnień rzeczywiście zawiera informacje, które powinny podlegać ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa, a ich ujawnienie naruszyłoby interes Przystępującego. Trudno jednak zgodzić się ze stanowiskiem, że całość wyjaśnień dotyczących elementów oferty wpływających na wysokość ceny bezwzględnie zasługuje na ochronę, a często do zagwarantowania takiej ochrony wystarczające jest tylko utajnienie np. nazw podwykonawców czy kontrahentów.
Odwołujący podkreślił, że to na Zamawiającym ciąży obowiązek szczegółowej analizy, czy wszystkie wyjaśnienia i dokumenty przedstawione przez Przystępującego zasługują na ochronę na podstawie art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, bowiem tylko Zamawiający może ocenić treść zastrzeganych wyjaśnień czy dokumentów w kontekście spełnienia wymogów z art. 11 ust. 2. Przyjęcie w takiej sytuacji wyjaśnień wykonawcy w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa w całości, bez głębszej refleksji, stanowi niewątpliwie niedochowanie należytej staranności i uniemożliwienie Odwołującemu dochodzenia jego praw w postępowaniu. Zamawiający w każdym przypadku powinien indywidualnie zbadać, w odniesieniu do każdego zastrzeżonego dokumentu, czy zachodzą przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa, zwłaszcza że decyduje o tym treść dokumentu. Tym samym bardzo precyzyjnie i dokładnie należy odnosić się do treści poszczególnych dokumentów. Może bowiem zdarzyć się, że tajemnicą przedsiębiorstwa faktycznie jest objęta tylko część dokumentu, nie zaś jego całość. W takim przypadku zastrzeżenie całej treści dokumentu jest nieuprawnione (wyrok KIO 1453/20).
Także informacje wskazane w informacji o zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa, dotyczące działań podjętych w celu utrzymania ich w poufności, należy uznać za gołosłowne. Przystępujący wylistował w punktach podjęte działania, jednak w żaden sposób ich nie udowodnił. Jest to działanie nieprawidłowe, w świetle samego sformułowania ustawowego („wykazanie"), a także w świetle aktualnego orzecznictwa. Na skutek tego całość wyjaśnień Przystępującego, dotyczących elementów oferty wpływających na wysokość ceny powinna podlegać odtajnieniu. Samo powoływanie się na klauzule poufności z pracownikami, współpracownikami oraz kontrahentami bez udowodnienia, że takie postanowienia istnieją,
a nawet bez wykazania, że taka umowa została faktycznie zawarta, nie może uzasadniać uznania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa za skuteczne. Nie wystarczą jedynie twierdzenia wykonawcy, niezbędne jest przedłożenie konkretnych dowodów, lecz na etapie zastrzegania informacji, a nie dopiero w postępowaniu odwoławczym (wyrok KIO 458/20). Oświadczenia o tym, że zastrzeżone informacje nie są znane ogółowi, że istnieją zobowiązania narzucone przez kontrahentów, że wdrożono wewnętrzną politykę ochrony informacji, że stosuje się określone zabezpieczenia informacji przetwarzanych elektronicznie, w wersji papierowej i ustnej, pozostają jedynie oświadczeniami i deklaracjami.

Każdy wykonawca może w chwili złożenia oferty lub wyjaśnień takie oświadczenia i deklaracje składać w celu wykazania przesłanek z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Tymczasem, zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, przesłanka ta, jak i pozostałe, musi być wykazana. Aby ją wykazać, należy np. przedstawić dokumenty istniejące już wcześniej, z których wynika, że konkretne informacje (te same, które zostały zastrzeżone) w konkretnych okolicznościach są dostępne wyłącznie dla konkretnego kręgu osób (wyrok KIO 501/20). Powyższa argumentacja przesądza o tym, że informacje zastrzeżone przez Przystępującego powinny zostać przez Zamawiającego odtajnione w całości, a zaniechanie ich udostępnienia stanowi utrudnienie dla skorzystania przez Odwołującego z przysługujących mu środków ochrony prawnej.
Odnosząc się do zarzutu ewentualnego, dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4, względnie art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, z uwagi na rażąco niską cenę oraz czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty złożonej przez Przystępującego jako najkorzystniejszej Odwołujący wskazał, że zarzut w zakresie niezasadnego objęcia wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa jest zarzutem głównym, a zarzut rażąco niskiej ceny jest zarzutem ewentualnym, podnoszonym tylko w sytuacji nieuwzględnienia przez Izbę zarzutu zaniechania odtajnienia przez Zamawiającego wyjaśnień Przystępującego, który w przypadku uwzględnienia zarzutu głównego nie powinien podlegać rozpoznaniu.
Odwołujący wskazał, że w świetle orzecznictwa możliwe jest sformułowanie w odwołaniu zarzutu ewentualnego, na wypadek gdyby Izba nie uwzględniła zarzutu głównego odwołania (wyrok KIO 260/19 i uchwała SN z 18 października 2013 r., sygn. III CZP 58/13, KIO 239/19, KIO 242/17, KIO 1713/17). W przypadku bowiem nieujawnienia przez zamawiającego określonego dokumentu konkurenta sformułowanie zarzutu zaniechania jego ujawnienia oraz zarzutu ewentualnego dotyczącego skutków ewentualnej wadliwości takiego dokumentu (tj. zaniechania odrzucenia oferty czy wykluczenia wykonawcy z postępowania), jest działaniem racjonalnym i uzasadnionym. Trudno bowiem wykazać na zasadność stawiania zarzutu sformułowanego tylko na bazie domysłów i wątpliwości co do wielkości zaoferowanej ceny. Jednocześnie podniesienie takiego zarzutu bez wskazania na jego ewentualny charakter zobowiązywałoby Izbę do jego rozpatrzenia, co z kolei narażałoby Odwołującego na odrzucenie ewentualnego kolejnego odwołania wniesionego po zapoznaniu się
z wyjaśnieniami, z uwagi na powagę rzeczy osądzonej. W takich sytuacjach za właściwą decyzję wykonawcy należy uznać zaskarżenie w pierwszej kolejności zaniechania ujawnienia wyjaśnień kalkulacji ceny oferty Przystępującego, a następnie po zapoznaniu się z ich treścią, podjęcie decyzji w przedmiocie ewentualnego wniesienia odwołania wobec zaniechania odrzucenia oferty z rażąco niską ceną.
W opinii Odwołującego oferta Przystępującego jest ofertą zawierającą rażąco niską cenę
w stosunku do przedmiotu zamówienia, zarówno dla części 1., jak i części 2. postępowania. W związku z nieznajomością wyjaśnień Przystępującego dotyczących elementów oferty wpływających na wysokość ceny Odwołujący nie jest w stanie podjąć szczegółowej polemiki z uwagi na nieznajomość tego dokumentu, może opierać się jedynie na własnych wyliczeniach, doświadczeniu i profesjonalnej wiedzy branżowej oraz w kontekście wzrostu ceny usług projektowych na rynku w latach 2015-2020. Fakt utajnienia wyjaśnień dotyczących elementów oferty wpływających na wysokość ceny uniemożliwił Odwołującemu możliwość zweryfikowania wyjaśnień ceny oferty Przystępującego. Dopiero po udostępnieniu mu żądanych dokumentów Odwołujący będzie miał możliwość ich przeanalizowania
i skonstruowania precyzyjnych zarzutów.
II Stanowisko Zamawiającego
W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o jego oddalenie w całości jako bezzasadnego.
W zakresie zarzutu dotyczącego skuteczności zastrzeżenia wyjaśnień Przystępującego jako informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Zamawiający podtrzymał stanowisko, zgodnie z którym informacje zawarte w zastrzeżonej części wyjaśnień Przystępującego stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i powinny w dalszym ciągu pozostać objęte klauzulą tajności. Wyjaśnienia wykonawcy dotyczące sposobu kalkulacji ceny oferty, w tym przedkładane w ramach wyjaśnień dowody, mogą zawierać dane stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy ze względu na charakter przedstawianych w wyjaśnieniach informacji, w tym co do sposobu kalkulacji ceny oferty, szczegółowych kosztów, informacji
o charakterze gospodarczym, technicznym, technologicznym w zakresie proponowanych metod realizacji i proponowanych rozwiązań, handlowym i organizacyjnym (oferty podwykonawców, umowy o współpracy itp.) posiadają wymierną wartość gospodarczą dla innych podmiotów działających na tym samym rynku. Nie można odmówić im charakteru tajemnicy przedsiębiorstwa, w szczególności wówczas, gdy dany wykonawca, podejmuje działania zmierzające do zachowania tych informacji w poufności i ich ochrony przed ujawnieniem do wiadomości publicznej. Zarówno metoda kalkulacji ceny, jak i konkretne dane cenotwórcze ujawnione przez wykonawcę na żądanie zamawiającego dla sprawdzenia, czy cena oferty nie jest rażąco niska, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i mogą być przedmiotem ochrony przez ich utajnienie przed innymi podmiotami, również tymi uczestniczącymi w przetarg. Za informacje, które – po spełnieniu odpowiednich wymogów mogą korzystać z ochrony, jaką daje zastrzeżenie ich tajemnicą przedsiębiorstwa – może być uznany szczegółowy opis sposobu kalkulacji ceny oferty, w szczególności wskazujący na przyjętą przez wykonawcę metodologię jej wyliczenia, stanowiący o konkurencyjności firmy na danym rynku, w tym również podawany na etapie wyjaśniania rażąco niskiej ceny lub kosztu.
We współczesnym obrocie gospodarczym informacje posiadane przez danego wykonawcę stanowią *de facto* towar pozwalający budować przewagę konkurencyjną. Obecnie informacja jest jednym z podstawowych zasobów przedsiębiorstwa i odgrywa ogromną rolę w kontekście jego funkcjonowania. Wobec tego informacja stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa ma wymierną wartość ekonomiczną, a zatem przez jej ochronę zabezpieczony jest interes gospodarczo-ekonomiczny konkretnego podmiotu. W praktyce rynkowej również powszechnie stosowane jest zastrzeganie przez wykonawców tego typu wyjaśnień i zawartych w nich informacji jako dotyczących danych wrażliwych, które pozwalają na budowanie przewagi rynkowej wobec konkurentów, a odnoszących się ściśle do strategii budowania ceny, *know-how* czy też relacji handlowych. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazano, że wartość gospodarcza określonej informacji poufnej przejawia się co do zasady w możliwości wykorzystania tej informacji w walce konkurencyjnej. Chodzi więc o wykazanie, że dana informacja dotyczy działalności gospodarczej określonego przedsiębiorcy i może być wykorzystana w walce konkurencyjnej. W orzeczeniu Naczelnego Sądu Administracyjnego podkreślono konieczność zachowania zasady proporcjonalności oraz wyważenia dóbr podlegających ochronie (informacji objętych tajemnicą) oraz prawa do żądania dostępu do takich informacji (w tym przypadku interesu Odwołującego do dostępu do oferty Przystępującego). Ograniczenia wolności gospodarczej i kryteria ważenia kolidujących ze sobą wartości podlegają ocenie z punktu widzenia mechanizmu proporcjonalności (art. 31 ust. 3 Konstytucji RP). Określając bowiem konstytucyjne wolności i prawa obywatela, prawodawca dostrzega potrzebę

wprowadzania ograniczeń tych dóbr. Przedkłada jedno dobro konstytucyjne nad drugie, wytyczając tym samym granice korzystania z wolności i praw, tworząc swoistą hierarchię dóbr, mieszczącą się w ich konstytucyjnych relacjach. Chodzi zatem o prawidłowe wyważenie proporcji, jakie muszą być zachowane, by przyjąć, że dane ograniczenie wolności obywatelskiej nie narusza konstytucyjnej hierarchii dóbr (zasada proporcjonalności). Na konieczność wyważenia interesów stron oraz uszanowanie prawa przedsiębiorcy do zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa oraz utrzymania takiego zastrzeżenia niezależnie od procedury przewidzianych w odrębnych przepisach, w których dane informacje są wykorzystywane, zwraca się uwagę również w Dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/943 z dnia 8 czerwca 2016 r. w sprawie ochrony niejawnego *know-how* i niejawnych informacji handlowych (tajemnic przedsiębiorstwa) przed ich bezprawnym pozyskiwaniem, wykorzystywaniem i ujawnianiem, zgodnie z którą: „dyrektywa nie powinna zwalniać organów publicznych z obowiązków zachowania poufności, jakie spoczywają na nich w odniesieniu do informacji przekazywanych przez posiadaczy tajemnic przedsiębiorstwa, bez względu na to, czy obowiązki te są określone w prawie unijnym lub krajowym. Takie obowiązki zachowania poufności obejmują, między innymi, obowiązki dotyczące informacji przekazanych organom instytucji udzielających zamówień w kontekście procedur udzielania zamówień publicznych, określonych na przykład w dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE (7), w dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE (8) i w dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE (9)" (motyw 18).

Takie podejście jest prezentowane również w orzecznictwie TSUE. W orzeczeniu Varec Trybunał stwierdził, iż podstawowy cel przepisów wspólnotowych z dziedziny zamówień publicznych obejmuje otwarcie rynków we wszystkich państwach członkowskich na niezakłóconą konkurencję (...). Aby zrealizować ten cel, ważne jest, by instytucje zamawiające nie ujawniały informacji związanych z postępowaniami przetargowymi, których treść mogłaby zostać wykorzystana w celu zakłócenia konkurencji bądź to w przetargu będącym właśnie w toku, bądź też w późniejszych przetargach. Ponadto zarówno ze względu na swój charakter, jak i zgodnie z systemem regulacji wspólnotowych w omawianej dziedzinie postępowania w sprawie udzielenia zamówień publicznych oparte są na stosunku zaufania między instytucjami zamawiającymi a uczestniczącymi w nich podmiotami gospodarczymi. Podmioty te powinny móc przedkładać instytucjom zamawiającym wszelkie informacje użyteczne w ramach postępowania przetargowego, bez obawy, że instytucje te przekażą osobom trzecim informacje, których ujawnienie mogłoby przynieść rzeczonym podmiotom szkody.

Zatem zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie ma charakteru absolutnego i podlega ograniczeniom wynikającym z przepisu art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Ponadto w celu zapewnienia niezakłóconej konkurencji rynkowej, ochrony zaufania pomiędzy kontrahentami oraz utrzymania w poufności informacji mających dla wykonawców określone znaczenie gospodarcze, zamawiający zobowiązany jest do nieujawniania danych zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa. Świadczy o tym nie tylko zastrzeżenie ich w wyjaśnieniach, ale również charakter poszczególnych danych, czy też treść poszczególnych dokumentów objętych tajemnicą. Jest bowiem oczywiste zarówno dla Przystępującego jak i Odwołującego, iż informacje te posiadają wartość gospodarczą, zaś kwestionowanie przez Odwołującego skuteczności zastrzeżenia ma na celu wyłącznie pozyskanie *know-how* Przystępującego, które mógłby, ze szkodą dla Przystępującego, wykorzystywać w swojej działalności oraz kolejnych postępowaniach o udzielenie zamówień o podobnym charakterze.

Zamawiający dokonał oceny uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa oraz zasadności i skuteczności zastrzeżenia wyjaśnień oraz dowodów przedstawionych przez Przystępującego w piśmie z 18 września 2020 r. zgodnie z dyrektywami wynikającymi
z przepisu, tj. poprzez weryfikację: czy zastrzeżenie zostało dokonane nie później niż
w terminie złożenia wyjaśnień, czy zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i czy wykonawca wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Wraz z wyjaśnieniami Przystępujący przedłożył wyczerpujące uzasadnienie dotyczące zastrzeżenia części informacji zawartych w wyjaśnieniach. Analizując zasadność
i skuteczność zastrzeżonych informacji Zamawiający kierował się wytycznymi określonymi
w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zarówno w świetle art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jak i regulacji unijnej, aby dana informacja podlegała ochronie musi spełniać warunki odnoszące się do: a) charakteru informacji,
b) braku możliwości zapoznania się osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji (albo braku możliwości uzyskania łatwo dostępu do nich), c) odpowiedniego zabezpieczenia informacji. Zamawiający doszedł do przekonania, że informacje zastrzeżone przez Przystępującego stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa a zastrzeżenie zasługuje na uwzględnienie z uwagi na opisane poniżej względy.

Zastrzegając wyjaśnienia Przystępujący wykazał, że dane objęte wyjaśnieniami, w tym stawki wynagrodzenia za poszczególne elementy zakresu zamówienia, system pracy personelu Przystępującego, polityka handlowa, metodologia ofertowania (informacje organizacyjne), a także kontakty gospodarcze mają kluczowe znaczenie dla gospodarczych interesów Przystępującego (posiadają wartość gospodarczą). Jednocześnie informacje zawarte w wyjaśnieniach posiadają wartość gospodarczą, ponieważ dotyczą szczegółowego sposobu budowania ceny ofert, ale także zawierają wrażliwe dane jak średnie stawki wynagrodzenia oraz planowany zysk. Powyższe informacje posiadają dla Przystępującego wartość gospodarczą i z tego względu podlegają ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Na gruncie art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji ochronie podlega każda informacja bez względu na jej charakter, zaś w szczególności dotyczy to informacji handlowych, technicznych, technologicznych lub organizacyjnych. Taką tezę potwierdza również uzasadnienie noweli ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z 5 lipca 2002 r. – w przepisach tych rozszerzono zakres ochrony interesów przedsiębiorcy, związanych z jego działalnością zawodową i ochroną tą objęto wszelkie informacje mające dla przedsiębiorcy wartość gospodarczą, które przedsiębiorca uznał za poufne i zastosował wobec nich odpowiednie środki w celu utrzymania tych informacji w tajemnicy. Do informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa z uwagi na walor wartości gospodarczej zalicza się informacje odnoszące się do struktury organizacyjnej, zasad finansowania działalności, wysokości wynagrodzeń pracowników, poufne *know-how* o charakterze produkcyjnym i handlowym. Wartość gospodarczą posiadają dla przedsiębiorcy te dane, które świadczą o prowadzonej przez firmę polityce finansowej, obrazują jej zobowiązania względem kontrahentów, dotyczą wierzytelności, odnoszą się do inwestycji czy oszczędności, a także świadczą o poziomie wykonywanych przez firmę usług. Wartość gospodarczą mogą mieć zatem wszelkie informacje, jakie dotyczą szeroko rozumianego gospodarowania przez przedsiębiorcę jego mieniem, w związku z prowadzoną działalnością gospodarczą, a także sposobu wykonywania przez niego działalności. Zatem pojęcie „tajemnica przedsiębiorstwa" obejmuje szeroki katalog

informacji o zróżnicowanym charakterze. Dla oceny wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji nie można przyjąć jednolitej miary wprowadzając np. pewne minimum ujęte wartościowo. W doktrynie dominuje bowiem pogląd, iż pojęcie wartości gospodarczej należy interpretować liberalnie. Cel regulacji – zwalczanie nieuczciwej konkurencji – narzuca konieczność szerokiego ujęcia przestanki „wartości gospodarczej", tj. interpretowania jej w sposób bardziej ogólny, pozwalający na objęcie tym pojęciem także informacji, które same w sobie nie przedstawiają wartości rynkowej, a mimo to przedsiębiorca posiada uzasadniony interes gospodarczy w ich nieujawnianiu. Wartość gospodarczą zastrzeżonej informacji należy więc interpretować subiektywnie, w oparciu o indywidualne oceny, uwarunkowania i specyfikę funkcjonowania każdego przedsiębiorcy.
Zasadnicza argumentacja prezentowana przez Odwołującego sprowadza się do stwierdzenia, że Przystępujący odniósł się do przesłanek z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w sposób ogólny i lakoniczny, nie popierając ich żadnymi dowodami. Zamawiający nie podzielił stanowiska Odwołującego, jakoby „sama decyzja udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia powoduje, że każdy wykonawca musi liczyć się z dużym stopniem jawności składanych przez niego informacji, a obejmowanie wielu danych tajemnicą przedsiębiorstwa stanowi najczęściej wyłącznie przejaw nieuczciwej gry rynkowej". Zasada jawności nie ma charakteru absolutnego i doznaje ograniczeń. Korzystanie przez wykonawcę ze środków ochrony prawnej nie może stanowić wystarczającej podstawy dla ujawnienia informacji zastrzeżonych przez jego rynkowego konkurenta. Takie rozumienie jawności postępowania, jakie prezentuje Odwołujący, prowadziłoby do ujawnienia informacji dotyczących strategii budowania ceny ofertowej oraz czynników, które pozwalają danemu wykonawcy na osiąganie przewagi konkurencyjnej nad innymi podmiotami działającymi na rynku właściwym.
Odwołujący zwraca uwagę, że ustawodawca uzależnił zaniechanie ujawnienia określonych informacji od tego, czy wykonawca wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa oraz twierdzi, że sformułowanie „wykazał" stanowi wymóg udowodnienia. Terminu „wykazanie", użytego w przepisie art. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie można jednak odnosić wprost do udowodnienia określonych okoliczności. To, że dane informacje posiadają wartość gospodarczą, uwarunkowane jest m.in. charakterem i zakresem zastrzeżonych informacji, podanych w wyjaśnieniach. Ta „oczywistość" poufności i wartości gospodarczej informacji powoduje z kolei, iż nawet samo uzasadnienie zastrzeżenia mogłoby być znacząco ograniczone, ponieważ niejako sam charakter informacji oraz treść dokumentów uzasadnia i tłumaczy ich zastrzeżenie. Takie stanowisko znajduje również potwierdzenie w orzecznictwie Izby, w którym wskazuje się, że jeżeli oczywistym jest, że dane informacje posiadają wartość gospodarczą z uwagi na ich charakter, za wystarczające należy uznać powołanie się na ten charakter w treści wyjaśnień wykonawcy. Poufny charakter informacji oraz ich wartość gospodarcza wynika z samej treści wyjaśnień, zarówno w zakresie merytorycznym, jak i informacji zawartych w dokumentach. Nie istnieje jednolity wzorzec lub sposób wykazywania zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.
W konsekwencji, w zależności od okoliczności sprawy, sposób wykazania zasadności zastrzeżenia może być odmiennie przyjęty przez różnych wykonawców (wyrok KIO 1015/17). Sąd Najwyższy w wyroku z 28 lutego 2007 r. (sygn. akt V CSK 444/06) wskazał, że „zarówno art. 39 ust. 2 TRIPS, jak i art. 11 ust. 4 ZNKU nie precyzują dokładnie jakim konkretnie działaniom ochronnym muszą być poddane tajemnice przedsiębiorstwa (informacje nieujawnione), aby można było traktować je jako poufne. W unormowaniach tych mówi się jedynie, że działania te muszą być <<odpowiednie>> (art. 11 ust. 4 ZNKU), <<rozsądne
w danych okolicznościach>> (art. 39 ust. 2 TRIPS). Ocena określonych działań jako odpowiednich, czy też rozsądnych w rozumieniu powołanych przepisów, może przedstawiać się różnie w zależności od okoliczności konkretnego przypadku". W konsekwencji,
w przypadku „oczywistego charakteru informacji", które posiadają wartość gospodarczą, rygor i ocena skuteczności zastrzeżenia będzie odmienna niż w przypadku informacji, które ze swojej istoty mogą być uznane za pozbawione jakiejkolwiek wartości gospodarczej i publicznie dostępne. Sam fakt potraktowania przez Przystępującego określonych informacji jako poufnych może potwierdzać ich wartość gospodarczą. Wynika to również wprost z przepisu art. 2 pkt 1 lit. b dyrektywy 2016/943, który stanowi, iż tajemnice przedsiębiorstwa to informacje mające „wartość handlową dlatego, że są objęte tajemnicą". Przystępujący wyjaśnił bowiem, że informacje zawarte w wyjaśnieniach nie były podane w żadnej formie do publicznej wiadomości, a Przystępujący zastrzega ich poufność we wszystkich postępowaniach przetargowych, w których bierze udział. W szczególności wyjaśnienia obrazują strategię przyjętą przez Przystępującego co do sposobu budowania ceny ofertowej, która obejmuje sposób przeprowadzenia kalkulacji ceny oferty, co stanowi niewątpliwie *know-how* wykonawcy, które pozwala na uzyskanie przewagi konkurencyjnej nad pozostałymi uczestnikami rynku. Na podstawie wyjaśnień dotyczących ceny oferty konkurent może ocenić i ustalić, jakie schematy wyceny stosuje Przystępujący oraz jak szacuje ryzyka związane z danym zakresem prac. Nie jest zatem tak, jak twierdzi Odwołujący, że wycena ma znaczenie wyłącznie dla konkretnego postępowania, a przez to nie ma waloru informacji o wartości gospodarczej dla Przystępującego.
Odwołujący, który działa od lat na rynku tego typu projektów nie powinien mieć wątpliwości, iż informacje zastrzeżone mają dla wykonawców wartość gospodarczą i jest wręcz oczywiste, iż szczegółowe informacje zawarte w wyjaśnieniach kalkulacji ceny oferty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ponieważ mają one kluczowe znaczenie dla przewagi konkurencyjnej poszczególnych wykonawców. Ujawnienie Odwołującemu lub innym podmiotom bardzo szczegółowych informacji zawartych w wyjaśnieniach Przystępującego i objętych klauzulą poufności pozwoli poznać konkurentom *know-how* Przystępującego oraz szczegółowe rozwiązania finansowe, technologiczne i organizacyjne, które pozwalają na osiągnięcie przewagi nad konkurentami. Wyjaśnienia zawierają i obrazują również dane kontrahentów, jak i warunki, na których wykonywane jest świadczenie (podwykonawstwo), posiadają niewątpliwie wartość gospodarczą jako odnoszące się wprost di informacji o charakterze finansowym i handlowym i z tego względu traktowane są jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, co nie budzi wątpliwości ani w doktrynie, ani orzecznictwie. Przedmiot zamówienia obejmuje specjalistyczne usługi projektowe, a tym samym grono potencjalnych kontrahentów nie jest tak szerokie jak w przypadku typowych usług związanych z projektowaniem. Powyższe wymusza zachowanie poufności relacji handlowych, w tym warunków, na jakich kontrahenci realizują określone usługi.
Warunki, na których wykonywane są świadczenia, jak i wymiana pomiędzy kontrahentami informacji poufnych posiada niewątpliwie walor informacji gospodarczej z tego względu, że pozyskanie takich informacji przez innych uczestników rynku, w tym Odwołującego, może istotnie obniżyć zdolność konkurowania z innymi wykonawcami w odniesieniu do podobnych projektów. W opinii organów antymonopolowych wymiana pomiędzy uczestnikami rynku (np. konkurentami) informacji, które winny być klasyfikowane jako poufne, w tym informacji handlowych, negatywnie wpływa na zachowanie konkurencji, a w ocenie Prezesa UOKiK niedopuszczalne jest ujawnianie potencjalnemu konkurentowi szczegółowych danych dotyczących planowanej ceny ofertowej i jej elementów. Analogicznie podejście prezentuje Komisja Europejska:

wymiany między konkurentami danych strategicznych, tj. danych, które prowadzą do zmniejszenia strategicznej niepewności na rynku, jest większe niż wymiany innych rodzajów informacji. Dzielenie się danymi strategicznymi może wywołać skutki ograniczające konkurencję, ponieważ zmniejsza niezależność stron w podejmowaniu decyzji poprzez osłabienie ich motywacji do konkurowania. Informacje strategiczne mogą dotyczyć: cen (np. aktualne ceny, bonifikaty, wzrosty, obniżki, rabaty), wykazów klientów, kosztów produkcji, ilości, obrotów, sprzedaży, mocy produkcyjnych, jakości, planów marketingowych, zagrożeń, inwestycji, technologii oraz programów badawczo-rozwojowych i ich wyników. Zasadniczo informacje związane z cenami i ilościami mają największe znaczenie strategiczne, przed informacjami na temat kosztów i popytu.
Warunki handlowe i ustalenia z kontrahentami stanowią o przewadze Przystępującego w niniejszym postępowaniu, jak i mogą stanowić przewagę w projektach realizowanych w przyszłości. Warunki świadczenia, jakie dany wykonawca jest w stanie uzyskać w negocjacjach z kontrahentami, mają kluczowe znacznie dla ustalenia (obniżenia) kosztów realizacji inwestycji, co przekłada się ostatecznie na możliwość zaoferowania konkurencyjnej ceny. Oferty uzyskiwane od kontrahentów stanowią informację finansowo-handlową podlegającą szczególnej ochronie, a jej ujawnienie może spowodować obniżenie przewagi konkurencyjnej wykonawcy w stosunku do firm konkurencyjnych (w tym Odwołującego) i może zagrozić zdolności wykonawcy do konkurowania w innych projektach.
Standardem rynkowym i powszechną praktyką jest również zachowanie poufności nie tylko co do oferowanych warunków handlowych, ale również co do samego faktu prowadzenia negocjacji czy ewentualnej współpracy. Warunki oferowane przez kontrahentów są lub mogą być różne dla każdego z oferentów, a uzyskanie korzystnych warunków uzależnione jest często od umiejętności negocjacyjnych czy szeroko pojętych relacji pomiędzy podmiotami, których istotnym elementem w działalności profesjonalnej jest zaufanie i uczciwość kupiecka. Ujawnienie informacji handlowych przygotowanych na potrzeby Przystępującego chociażby potencjalnie może mieć negatywne konsekwencje nie tylko dla Przystępującego, ale również dla kontrahentów – ujawnienie takich informacji podmiotom konkurencyjnym może zatem negatywnie wpłynąć na reputację Przystępującego jako podmiotu profesjonalnego, a w konsekwencji może negatywnie rzutować na pozycję negocjacyjną Przystępującego lub możliwość współpracy z kontrahentami w odniesieniu do innych projektów.
Informacje ujawnione czy wypracowane w toku negocjacji podlegają ochronie wynikającej z przepisów Kodeksu cywilnego, które przewidują ochronę informacji udostępnionych w toku negocjacji z zastrzeżeniem zachowania poufności (art. 72^1). Przepis ten nakłada na kontrahenta obowiązek nieujawniania i nieprzekazywania udostępnionych informacji innym osobom oraz niewykorzystywania tych informacji, chyba że strony uzgodniły inaczej. Zakres tego obowiązku pokrywa się co do zasady z nakazami płynącymi z art. 11 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz pozwala chronić także informacje, które nie są tajemnicami przedsiębiorstwa, lecz zostają udostępnione z zastrzeżeniem poufności.
W przypadku, gdy dany dokument zawiera szereg informacji, w tym informacje, które mogą być znane, ale również informacje o charakterze poufnym (warunki handlowe czy warunki współpracy), to mamy do czynienia z całym zbiorem informacji posiadających wymierną wartość gospodarczą, które poprzez ich nagromadzenie w jednym dokumencie mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Powyższe rozumienie znajduje także uzasadnienie w znowelizowanych przepisach ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zgodnie z którymi przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą (a więc również informacje handlowe), które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób.
W świetle wyjaśnień i uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa za spełnione należało uznać także przesłanki dotyczące działań podejmowanych przez wykonawcę w celu zachowania informacji w poufności, zabezpieczenia takich informacji. Przystępujący szczegółowo wyjaśnił, jakie działania podejmuje w celu uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (str. 3-4, lit. a-j wyjaśnień z 18 września 2020 r.). Przystępujący wykazał zatem pozostałe przesłanki dotyczące zastrzeżenia, tj. że nie są one dostępne w domenie publicznej oraz podejmuje działania zmierzające do zachowania informacji w poufności.
W konsekwencji szczegółowe dane znała jedynie ograniczona grupa osób, uprawniona do dostępu do tego typu informacji. Wykonawca kontrolował więc kto i na jakich zasadach posiadał dostęp do tego typu informacji, zaś informacje takie nie tracą przymiotu tajemnicy przedsiębiorstwa tylko dlatego, że wie o nich ograniczone grono osób zobowiązanych do zachowania poufności. Potwierdza to, iż podejmowane przez Przystępującego działania w celu zachowania poufności informacji mają na celu doprowadzić do sytuacji, w której chronione informacje nie mogą dotrzeć do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich strony, a powyższe, zgodnie ze stanowiskiem Sądu Najwyższego, potwierdza okoliczność wystąpienia przesłanki, o której mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.
W innym postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego to sam Odwołujący posługiwał się analogicznym uzasadnieniem zastrzeżeniem wyjaśnień składników ceny oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa (uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołującego z 4 marca 2020 r.). W innym postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Odwołujący wraz z Przystępującym (jako konsorcjum) posługiwali się uzasadnieniem zastrzeżenia jako tajemnica przedsiębiorstwa wyjaśnień składników ceny; treść tych wyjaśnień była zbliżona do treści uzasadnienia tej tajemnicy (uzasadnienie z 5 marca 2018 r.). Jak pokazuje praktyka stosowana przez Odwołującego w innych postępowaniach, Odwołujący w sposób analogiczny uzasadnia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Z powyższego należy wnioskować, iż takie uzasadnienie uznaje za wystarczające i prawidłowe. Jednocześnie obecnie kwestionuje skuteczność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Przystępującego. Takie zachowanie Odwołującego nie zasługuje na ochronę prawną.
Przystępujący w sposób należyty uzasadnił zastrzeżenie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, przedstawił na tę okoliczność nie tylko przekonujące argumenty, ale również wykazał, iż są to informacje posiadające wartość gospodarczą oraz wykazał zasadność zastrzeżenia za pomocą stosownych środków dowodowych. W świetle powyższego za niezasadny należy uznać zarzut dotyczący zaniechania odtajnienia wyjaśnień i załączników do wyjaśnień ceny.
Co do zarzutu ewentualnego dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego z uwagi na rzekome niewykazanie, że cena jego oferty nie jest ceną rażąco niską, Zamawiający wskazał, że zarzut ten, a w szczególności sposób jego sformułowania, pozwala uznać, iż w rzeczywistości nie został skutecznie wyartykułowany, jak również nie jest możliwe skuteczne odniesienie się przez Zamawiającego do twierdzeń Odwołującego. Zarzut

stanowi samo wskazanie podstawy prawnej bez podjęcia nawet próby jakiejkolwiek argumentacji lub wykazania okoliczności, które taki zarzut mają uzasadniać.
Odwołujący wskazał, iż zarzut zaniechania odrzucenia oferty z uwagi na rażąco niską cenę został sformułowany jako zarzut ewentualny. Jednocześnie stwierdził, że w opinii Odwołującego jako podmiotu z wieloletnim doświadczeniem w branży projektowej
w gazownictwie, oferta Przystępującego jest ofertą zawierającą rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, lecz związku z nieznajomością wyjaśnień dotyczących elementów oferty wpływających na wysokość ceny, nie jest w stanie podjąć szczegółowej polemiki z uwagi na nieznajomość tego dokumentu, może opierać się jedynie na własnych wyliczeniach, doświadczeniu i profesjonalnej wiedzy branżowej oraz w kontekście wzrostu ceny usług projektowych na rynku w latach 2015-2020. W odwołaniu nie przedstawiono jednak żadnych okoliczności faktycznych lub czynników, które miałyby wskazywać, że cena oferty Przystępującego jest rażąco niska. Odwołujący zasłania się nieznajomością treści wyjaśnień i wskazuje na własne wyliczenia, doświadczenie i wiedzę branżową – w odwołaniu brak jest jednak jakiegokolwiek uzasadnienia w tym zakresie lub przytoczenia jakichkolwiek okoliczności, które miałby je uzasadniać. Zatem zarzut dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, względnie art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nie został skutecznie postawiony przez Zamawiającego i już z tego względu winien podlegać oddaleniu na podstawie art. 192 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.
Zgodnie z utrwaloną linią orzeczniczą Izby i sądów okręgowych zarzut odwołania to zespół okoliczności faktycznych i prawnych, tj. czynność lub zaniechanie zamawiającego oraz ich uzasadnienie faktyczne i prawne. Poprzestanie na przywołaniu przepisu, którego naruszenie zarzuca się zamawiającemu, bez skonkretyzowania okoliczności prawnych i faktycznych wskazujących na jego naruszenie, nie jest wystarczające dla uznania zarzutu za skutecznie podniesiony.
Krajowa Izba Odwoławcza jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych czynności lub zaniechania czynności) jedynie przez pryzmat skonkretyzowanych w odwołaniu okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniających jego wniesienie. O treści zarzutu decyduje nie tylko kwalifikacja prawna, ale przede wszystkim przytoczona podstawa faktyczna, wskazane przez danego odwołującego okoliczności faktyczne, wskazywane uzasadnienie.
Odwołanie jako środek ochrony prawnej ma na celu kontrolę poprawności działań zamawiającego pod względem zgodności z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, ale wyłącznie w zakresie wyznaczonym treścią zarzutów odwołania, o czym stanowi art. 197 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. Obowiązkiem odwołującego jest zatem wskazać kwestionowaną przez niego czynność, oraz, przede wszystkim, podniesione zarzuty. Ponadto, zgodnie z treścią art. 180 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Tym samym określone w ww. przepisie wymogi konstrukcyjne odwołania przesądzają, że treść zarzutu nie jest ograniczona wyłącznie do twierdzeń zawartych w *petitum* odwołania, a dotyczy również okoliczności faktycznych zawartych w sformułowanej przez odwołującego argumentacji. Odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez zamawiającego czynności lub zaniechań, co oznacza obowiązek zaprezentowania przez odwołującego nie tylko podstawy prawnej takich zastrzeżeń, ale przede wszystkim argumentacji odnoszącej się do postulowanej oceny. Oznacza to zatem konieczność odniesienia się do elementów stanu faktycznego, jak również podjętych czynności lub zaniechań zamawiającego w taki sposób, który pozwoli na uznanie, że podniesione zostały konkretne zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań. Zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Rzeszowie z 21 marca 2017 r. (sygn. akt VI Ga 60/17) „Izba za podstawę orzekania może wziąć tylko te zarzuty, które zostały podniesione w odwołaniu (art. 192 ust. 7 Pzp). Przy czym o treści zarzutu nie przesądza wyłącznie wskazanie lub nie samego przepisu – podstawy prawnej, jako że zarzut składa się z podstawy prawnej i faktycznej. O zarzucie odwołania decydują zatem także przywołane przez odwołującego okoliczności faktyczne i opis popełnionych nieprawidłowości.”
Zgodnie z orzeczeniami Sadu Najwyższego to nie podanie podstawy prawnej, a uzasadnienie faktyczne jest niezbędne do skutecznego złożenia środka zaskarżenia (wyrok z 24 marca 2014 r., sygn. akt III CSK. Granice rozpoznania sprawy przez KIO i sąd są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. Prawidłowa konstrukcja zarzutu odwołania nie sprowadza się do wskazania kwalifikacji prawnej zaskarżonej czynności, ponieważ ostatecznie to do Izby należy subsumcja stanu faktycznego pod określoną normę prawną, natomiast kluczowe znaczenie ma podanie w treści odwołania uzasadnienia faktycznego, wyczerpującego i zawierającego argumentację pozwalającą na ocenę poprawności zachowań zamawiającego, które kwestionuje odwołujący.
Odwołanie zawierające precyzyjne i jednoznaczne zarzuty pozwala na przygotowanie się stron postępowania do rozprawy, jak również może być podstawą do uwzględnienia odwołania przez zamawiającego, a co wiąże się z konkretnymi czynnościami procesowymi (art. 186 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych), bądź uwzględnienia poszczególnych zarzutów wniesionego odwołania, co również może oddziaływać na sytuację procesową. Lakoniczne, ogólne wskazanie w uzasadnieniu okoliczności faktycznych bez podania argumentacji uzasadniającej twierdzenia Odwołującego oraz zawierającej informację na temat podnoszonych niezgodności nie stanowi skonkretyzowania uchybień, z których Odwołujący chce wysnuwać dla siebie korzystne wnioski.
Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych to odwołujący jest zobowiązany wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzi skutki prawne – zgodnie z art. 6 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (Izby) dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania . Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności, zatem to strony obowiązane są przedstawiać dowody, a Krajowa Izba Odwoławcza nie ma obowiązku wymuszania ani zastępowania stron w jego wypełnianiu.
Samo zarzucenie przez Odwołującego rzekomego naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, względnie art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego oraz naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie wyboru oferty, która powinna podlegać odrzuceniu, nie stanowi o poprawnym sformułowaniu zarzutów odwołania. Odwołujący poprzestał wyłącznie na podstawie prawnej zarzutu, przy czym nie przytacza żadnych okoliczności faktycznych, a nawet nie próbuje wykazać, z jakich względów cena zaoferowana przez Przystępującego miałaby zostać uznana za rażąco niską. Odwołujący nie wykazał też żadnej inicjatywy dowodowej w tym zakresie. W konsekwencji powyższego postawiony rzekomy „zarzut” powinien zostać oddalony na podstawie art. 192 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Co do samych wyjaśnień złożonych przez Przystępującego Zamawiający stwierdził, że cena zaoferowana przez Przystępującego nie wzbudziła wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi
w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Sam fakt złożenia oferty, która odbiega od średniej arytmetycznej cen ofert konkurencyjnych lub też wartości zamówienia ustalonej przez Zamawiającego nie potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę. Powyższe różnice mogą stanowić wyznacznik dla wezwania wykonawcy do wyjaśnienia treści oferty, nie stanowią jednak w żaden sposób dowodu czy potwierdzenia, że taka oferta jest rażąco niska, a występowanie różnic w cenach złożonych ofert w danym postępowaniu jest normalnym przejawem konkurencji. Wycena oferty jest zawsze kwestią indywidualną, w szczególności w przypadku zamówień realizowanych w oparciu o wynagrodzenie ryczałtowe, jak ma to miejsce w przedmiotowej sprawie. Cena oferty jest bowiem wypadkową doświadczenia, wiedzy, dostępnych danemu wykonawcy środków i czynników, które pozwalają obniżyć koszty wykonania zamówienia. Różnice występujące pomiędzy najniższą ceną ofertową, a uśrednionymi cenami ofert konkurencyjnych czy wartością zamówienia oszacowaną przez zamawiającego nie przesądza zatem o zaoferowaniu wykonania zamówienia za rażąco niską i nierealną cenę, ale jest przejawem konkurowania wykonawców o uzyskanie zamówienia.
Okolicznością, która uzasadniała wystąpienie z wezwaniem o wyjaśnienie sposobu kalkulacji ceny oferty była dyspozycja art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którą zamawiający obligatoryjnie wzywa wykonawcę do złożenia wyjaśnień w przypadku, gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Niemniej jednak również różnica pomiędzy ofertami złożonymi w postępowaniu nie stanowi dowodu na występowanie rażąco niskiej ceny i nie pozwala na automatyczne odrzucenie oferty.
W ocenie Zamawiającego Przystępujący w sposób szczegółowy i wyczerpujący wyjaśnił czynniki i okoliczności, które pozwalają mu na zaoferowanie konkurencyjnej ceny
w postępowaniu. Wskazywane w wyjaśnieniach okoliczności i dowody pozwalają uznać, że zaoferowana cena pozwala na należytą realizację przedmiotu zamówienia, a przez to nie może być zakwalifikowana jako cena rażąco niska. Przystępujący szczegółowo wyjaśnił sposób kalkulacji ceny ofertowej przedstawiając szczegółowe kalkulacje dla każdej z części zamówienia, dostępne Przystępującemu zasoby oraz odniósł się do oszczędności metody wykonania zamówienia, kosztów pracy i personelu. Wyjaśnił również, jakie rozwiązania techniczne oraz wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia są mu dostępne
i w jaki sposób pozwalają one na obniżenie kosztów realizacji zamówienia.
III Stanowisko przystępującego po stronie zamawiającego
Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca ILF Consulting Engineers Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Przystępujący poparł stanowisko Zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.
Przystępujący stwierdził, że zarzut naruszenia dyspozycji art. 8 ust. 1 i ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych jest gołosłowny. Odwołujący, formułując samodzielnie zarzut naruszenia zasady jawności i nie łącząc go z zarzutem związanym z zaniechaniem realizacji konkretnych obowiązków leżących po stronie Zamawiającego, a wynikających z art. 96 ust. 3 i ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz przepisów rozporządzenia w sprawie protokołu postępowania, *de facto* nie wskazał żadnych okoliczności faktycznych związanych z rzekomym naruszeniem przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu zasady jawności postępowania. Przywołanie w odwołaniu dodatkowo art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi daleko idące i niedopuszczalne w sformalizowanym postępowaniu odwoławczym uproszczenie w stosunku do konieczności konkretyzacji zarzutów odwołania. Dyspozycja art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych skierowana jest bowiem do wykonawcy, który może skorzystać z uprawienia zastrzeżenia określonych informacji stanowiących jego tajemnicę przedsiębiorstwa, których to informacji nie ujawnia się w postępowaniu. Przywołany przepis zatem stanowi ochronę dla wykonawcy, który prezentuje zamawiającemu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego informację stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa, regulując sposób postępowania z tą informacją. Podstawą natomiast konkretnych zachowań zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, związanych z udostępnianiem wykonawcom protokołu i załączników do protokołu są przywołany art. 96 ust. 3 w związku z ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz przepisami rozporządzenia w sprawie protokołu. Naruszenie przez Zamawiającego tych regulacji i wykazanie ewentualnej nieprawidłowości zachowań Zamawiającego w tym zakresie formalnie nie przybrało formy stosownego zarzutu odwołania. Już z tego względu przedmiotowy zarzut odwołania powinien zostać oddalony jako niezasadny.
Zarzut niewłaściwej oceny zastrzeżenia przez Przystępującego informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie został udowodniony. Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych to na Odwołującym wnoszącym odwołanie i podnoszącym zarzut spoczywa ciężar dowodowy wykazania konkretnych faktów, które stanowią podstawę do wywodzenia określonych skutków prawnych. Odwołujący takiemu obowiązkowi nie sprostał.
W treści odwołania na potwierdzenie swojego stanowiska Odwołujący przywołuje jedynie orzecznictwo KIO, lecz sama analiza orzecznictwa nie może stanowić podstawy dowodowej stawianych Zamawiającemu zarzutów odwołania. Odwołujący bowiem powinien wykazać, że trzy elementy definiujące tajemnicę przedsiębiorstwa określone w art. 11 ust. 2 ustawy
o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w przypadku Przystępującego nie zostały wypełnione. Odwołujący tymczasem, wskazując na rzekomo niewłaściwą ocenę przez Zamawiającego wyjaśnień udzielonych przez Przystępującego w przedmiocie podejrzenia rażąco niskiej ceny, nie udawania w żaden sposób, że informacje, które są zawarte w wyjaśnieniach Przystępującego, nie stanowią, czy też nawet, że nie mogłyby stanowić, tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący nie neguje okoliczności, iż charakter informacji zawartych
w wyjaśnieniach Przystępującego dotyczących wyjaśnienia podejrzenia rażąco niskiej ceny nie mógłby stanowić tej tajemnicy. Odwołujący w uzasadnieniu swojego stanowiska wskazuje, że „istnieje możliwość, że część wyjaśnień rzeczywiście zawiera informacje, które powinny podlegać ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa, a ich ujawnienie naruszyłoby interes ILF".
Tym samym zatem Odwołujący nie kwestionuje w żaden sposób okoliczności związanej
z możliwością wystąpienia we wskazanym piśmie Przystępującego określonego rodzaju informacji, które wskazanej ochronie podlegają. Nie wykazuje też, jakoby te informacje ukazały się w jakikolwiek sposób w przestrzeni publicznej ani nie podważa w konkretny sposób wykazanych przez Przystępującego w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa prawnych i faktycznych środków, które podjął Przystępujący w celu ochrony tych informacji. Przytaczanie orzecznictwa KIO, które zapadło w konkretnych stanach faktycznych, nieadekwatnych do okoliczności niniejszej sprawy, nie może stanowić skutecznego uzasadnienia zarzutów odwoławczych.
Argumenty Odwołującego o braku wykazania przez Przystępującego zasadności zastrzeżenia tajemnicy

przedsiębiorstwa i rzekomej „gołosłowności" wyjaśnień są nieuzasadnione.
W wyjaśnieniach Przystępujący, zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, ujął wszystkie elementy zawarte w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, wskazujące na to, że określone informacje zawarte w wyjaśnieniach stanowią istotną dla Przystępującego wartość gospodarczą i powinny by chronione.
Przywołany przepis nie nakazuje wykonawcy udowodnić zamawiającemu zaistnienia tajemnicy przedsiębiorstwa w określonych sytuacjach. Zgodnie z tym przepisem wykonawca ma tylko wykazać tajemnicę przedsiębiorstwa. Powyższe oznacza, że każdorazowo oczekiwanie od wykonawcy złożenia w takim przypadku konkretnych dowodów nie jest wymagane. Pojęcie „wykazanie", o którym mowa w art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie może być utożsamiane z pojęciem „udowodnienie", ponieważ takie podejście do przedmiotowego zagadnienia przeczyłoby zasadzie racjonalnego ustawodawcy, który w ustawie Prawo zamówień publicznych posługuje się odrębnie pojęciem „wykazanie" i „udowodnienie". Taki pogląd i rozumienie dyspozycji art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych są również zgodne z kierunkiem orzeczniczym wytyczonym przez KIO. Wykonawca, wykazując zamawiającemu zaistnienie w konkretnych okolicznościach faktycznych sprawy tajemnicy przedsiębiorstwa, może oprzeć się wyłącznie na określonej argumentacji i przedstawionych przez siebie wyjaśnieniach merytorycznych. Jest więc w tym zakresie dopuszczona pewna elastyczność, nienakazująca wykonawcy przedkładania zamawiającemu dowodów w ścisłym znaczeniu tego słowa (wyrok KIO 1410/19, KIO 330/20). Przystępujący zatem nie był zobowiązany do przedkładania odrębnych dowodów, które uzasadniałyby zaistnienie tajemnicy przedsiębiorstwa w zastrzeganych przez niego informacjach. Wystarczającym było wykazanie, że konkretne, zastrzegane informacje, przedstawiają dla Przystępującego konkretną wartość gospodarczą i nie były do tej pory ujawnione, a Przystępujący podjął wobec nich określone środki, które wyspecyfikował w swoich wyjaśnieniach, a które miały na celu właściwe zabezpieczenie tych informacji przed nieuprawnionym wglądem do nich.
Przystępujący nie zgodził się też z Odwołującym, że zobowiązany był do wskazania, czy udowodnienia konkretnej wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji. Wykazanie, że określone informacje mają wartość gospodarczą, nie sprowadza się co do zasady do wskazania skonkretyzowanej wartości wyrażonej w określonej sumie pieniężnej. Jak wynika
z orzecznictwa KIO wartość gospodarcza określonej informacji poufnej przejawia się co do zasady w możliwości wykorzystania tej informacji w walce konkurencyjnej. Chodzi więc
o wykazanie, że dana informacja dotyczy działalności gospodarczej określonego przedsiębiorcy i może być wykorzystana w walce konkurencyjnej (wyrok KIO 2743/15). Wyjaśnienia wykonawcy zawierają szczegółowe dane ekonomiczne i handlowe dotyczące sposobu kalkulacji ceny oferty. Dane te niewątpliwie posiadają wartość gospodarczą i handlową dla wykonawcy, gdyż stanowią swego rodzaju *know-how* przedsiębiorcy. Nie muszą to być informacje, których ujawnienie „mogłyby zachwiać pozycją spółki na rynku świadczonych usług", jak wskazywał Odwołujący. Wystarczy, że ujawnienie tych informacji może narazić przedsiębiorcę na stratę w postaci pozyskania przez konkurencję zdobytej przez niego wiedzy o charakterze gospodarczym i handlowym, której konkurencja nie posiada (wyrok KIO 188/16). Wykazanie wartości gospodarczej określonych informacji nie wymaga więc wskazywania Zamawiającemu określonej kwoty, czy też udowadniania takiej wartości. Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie wskazywała, że wartość gospodarcza informacji przejawia się przede wszystkim w możliwości wykorzystania jej przez konkurencję. Na tę właśnie okoliczność Przystępujący powoływał się w swoich wyjaśnieniach.
Ponadto oczywiste jest, że nie jest możliwe na etapie postępowania zamówieniowego (*a priori*, przed ujawnieniem i poniesieniem strat) wskazanie precyzyjnej kwoty, w jakiej wyraża się wartość gospodarcza zastrzeżonych informacji. Przejawem tej wartości może być w konkretnej sytuacji także potencjalna szkoda, jaką wykonawca może ponieść w razie, gdyby informacja została upowszechniona szerszemu gronu podmiotów i straciłby przez to monopol na dysponowanie wartościowymi na danym rynku informacjami. Istotne jest również, że za informacje posiadające dla wykonawcy wartość gospodarczą należy uznać tylko takie informacje, które stanowią względnie stały walor wykonawcy, dający się wykorzystać więcej niż raz, a nie zbiór określonych danych, zebranych na potrzeby konkretnego postępowania i tylko w związku z tym postępowaniem (wyrok KIO 1483/15, KIO 1939/13).
Użyte w treści przepisu art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych pojęcie „wykazał" należy rozumieć, jako „rzeczowo uzasadnił". Oświadczenie jest także środkiem dowodowym, za pomocą którego można wykazać określone okoliczności, jeśli zawiera rzetelną, logiczną
i rzeczową argumentację, powołaniem się na obiektywne fakty podlegające weryfikacji. Oświadczenie wykonawcy stanowi jeden z podstawowych środków dowodowych, wykorzystywanych w procedurze postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych jednoznacznie i wprost wskazują na obowiązek przedstawienia przez wykonawcę dowodów, jeśli jest to uzasadnione potrzebami postępowania. W art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych taki obowiązek nie został na wykonawców nałożony. Za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzając się do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa (KIO 703/17). Uzasadnienie zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji wskazanych w wyjaśnieniach ceny złożonych przez Przystępującego było konkretne, wyczerpujące i pełne, i nie zawierało tzw. ogólników, czy tzw. sloganów.
Obowiązek ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa zastrzeżonej przez podmioty biorące udział
w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego jest akcentowany nie tylko w prawie polskim, ale również w dyrektywach odnoszących się do tematyki zamówieniowej (art. 21 dyrektywy 2014/24/UE), zgodnie z którym „instytucja zamawiająca nie ujawnia informacji przekazanych jej przez wykonawców i oznaczonych przez nich jako poufne, w tym między innymi tajemnic technicznych i handlowych oraz poufnych aspektów ofert".
W niniejszym postępowaniu każdy z wykonawców zobowiązany był do podania wyłącznie cen ogólnych za świadczenie usług projektowych (opracowanie i przekazanie dokumentacji projektowej) i usług w zakresie nadzoru autorskiego. Żaden z wykonawców nie był zobowiązany do podawania szczegółowego rozbicia rzeczywiście ponoszonych kosztów na poszczególne elementy przedmiotu zamówienia, prezentowania metodologii kalkulacji ceny ofertowej, wskazywania szczegółowych założeń, które zostały przyjęte przy kalkulacji, podawania poziomu zysku i innych szczegółowych informacji dotyczących właściwych temu wykonawcy metod wyceny przyjętych do przygotowania wycen ofert. Te informacje zawarte są w wyjaśnieniach ceny. Z uwagi na charakter ww. informacji i treści, które ze sobą niosą, Przystępujący zastrzegł przedmiotowe informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa, wykazując w sposób szczegółowy wszystkie przesłanki określone przepisem art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Tajemnicą przedsiębiorstwa nie zostały objęte informacje odnoszące się do ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia określone
w formularzu ofertowym, których jawność gwarantują przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, ale szczegółowe wyceny i metoda kalkulacji ceny ofertowej. Możliwość zastrzeżenia wrażliwych danych dotyczących wyceny i sposobu

kalkulacji ceny ofertowej potwierdza ugruntowane orzecznictwo (KIO 756/17, KIO 457/15, KIO 464/15, KIO 473/15, KIO 476/15, KIO 149/16). Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że tajemnicą przedsiębiorstwa mogą być objęte kalkulacje ceny ofertowej (sposób kalkulacji, przyjęte kwoty), dostawy (źródła dostaw, ceny materiałów, uzyskane rabaty), informacja o podwykonawcach, z którymi współpracuje wykonawca, ceny ofert na wykonanie robót podwykonawczych w zakresie zamówienia, stosowane rozwiązania organizacyjne i zasady współpracy w ramach danej grupy kapitałowej, do której wykonawca przynależy, a także sposób kalkulacji ceny zapewniający wykonawcy optymalizację zysków stanowi zbiór wypracowanych w praktyce metod prowadzenia własnej działalności gospodarczej, wpływający na sposób budowania ceny oferty. Ten wypracowany sposób wyceny stanowi bowiem istotną dla wykonawcy wartość gospodarczą, ponieważ pozwala mu na utrzymywanie jego przewagi konkurencyjnej nad innymi podmiotami, działającymi w tej samej branży. Tajemnicą przedsiębiorstwa mogą być objęte dane dotyczące kosztów zatrudnienia pracowników, ponieważ w aktualnych realiach rynkowych budowa przewagi konkurencyjnej wymaga w znacznym stopniu zatrudnienia i utrzymania wyspecjalizowanej kadry pracowniczej. Zastrzeżeniu jako tajemnica podlegać mogą poufne informacje o planowanych stopach zysku. Również Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku sygn. akt XIX Ga 167/07 uznał, że zarówno metoda kalkulacji ceny, jak i konkretne dane cenotwórcze ujawnione przez wykonawcę na żądanie zamawiającego w celu sprawdzenia, czy cena oferty nie jest rażąco niska, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.
Podane przez Przystępującego informacje odnoszą się do elementów cenotwórczych związanych z kształtowaniem stawek wynagrodzenia dla poszczególnych osób. Wyjaśnienia rażąco niskiej ceny Przystępującego odnoszą się też do takich elementów, jak system pracy personelu, polityka handlowa przyjęta przez Przystępującego, czy przyjęta metodologia ofertowania w danym postępowaniu. Są to również informacje o grupie kluczowych partnerów handlowych mających znaczenie dla Przystępującego i wskazujących na konkretne zależności oraz pozycję gospodarczą tego podmiotu, jak również informacje odnoszące się do konkretnych interesów rynkowych realizowanych przez Przystępującego, co zostało wykazane w wyjaśnieniach. Tego rodzaju informacje często bywają przedmiotem wyjaśnień udzielanych przez wykonawców na żądania zamawiających co do kwestii wyjaśniania podejrzenia rażąco niskiej ceny, z natury zatem zastosowania instrumentu, jakim są wyjaśnienia rażąco niskiej ceny może wiązać się z podaniem informacji podlegających szczególnej ochronie należnej przedsiębiorcy. Także charakter i zakres przedsięwzięcia objętego przedmiotem zamówienia w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego także identyfikują potencjalną możliwość zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Przedmiotem zamówienia są usługi projektowania oraz usługi nadzoru autorskiego, których wycena należy do subiektywnej oceny i indywidualnego podejścia przedsiębiorców świadczących tego rodzaju twórcze prace i jako takie w sposób naturalny mogą podlegać ochronie jako wiadomości o charakterze gospodarczym i organizacyjnym przedsiębiorstwa.
Przystępujący wykazał, że powyższe informacje były przez niego wykorzystane w związku
z danym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego i nie były do tej pory ujawniane, czego Odwołujący nie zakwestionował. Odwołujący jedynie je zanegował środki prawne i organizacyjne, które Przystępujący podjął dla zabezpieczenia tych informacji przed nieuprawnionym wglądem osób postronnych, nie podając żadnej argumentacji merytorycznej w tym względzie. Odwołujący tylko podniósł, że Przystępujący wskazanych środków nie udowodnił, listując jedynie te działania. Przystępujący tymczasem, prezentując
w wyjaśnieniach te środki, wykazał realną ochronę ważnych dla niego informacji oraz sam fakt, że są one miarodajne dla właściwej ochrony jego tajemnicy przedsiębiorstwa.
W warunkach gospodarki wolnorynkowej, w której konkurencja stanowi podstawową siłę napędową, informacja jest dobrem o wymiernej i istotnej wartości ekonomicznej. Jest ona równie cenna jak patenty, wzory użytkowe czy zdobnicze. Fakt, że konkurenci nie znają informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, umożliwia uzyskanie lepszej pozycji na rynku i umożliwiło złożenie konkurencyjnej oferty również w niniejszym postępowaniu. Sukces podejmowanych przedsięwzięć uzależniony jest częstokroć od zachowania w tym zakresie dyskrecji. Ujawnienie ich niepowołanym osobom (podmiotom) oznaczałoby ujawnienie informacji dotyczących strategii gospodarczej i sposobu ofertowania oraz przyjmowania określonych proporcji zysków, rezerw operacyjnych przedsiębiorstwa, które to informacje nie tylko nie są powszechnie dostępną wiedzą, ale są utrzymywane w tajemnicy intencjonalnie, tj. w celu budowania przewagi konkurencyjnej na rynku.
Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4, ewentualnie art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, Przystępujący wskazał, że Odwołujący nie poparł go nie tylko stosowanymi dowodami, które potwierdzałyby zasadność zarzutu, ale nawet nie uprawdopodobnił, czy też nie przedstawił kompletnie żadnej argumentacji, która choć w części uprawdopodobniłaby złożenie oferty przez Przystępującego z ceną nierealną, nie pokrywającą kosztów wykonania usługi. Naturalnym dla Przystępującego jest fakt, że Odwołujący, w sytuacji, gdy Przystępujący zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa wobec treści swoich wyjaśnień, nie mógł mieć obiektywnie dokładnej wiedzy na temat szczegółowych elementów kalkulacji Przystępującego i nie mógł w tym zakresie przedstawić konkretnej argumentacji czy stosownych dowodów. Jednak powyższe nie zwalnia Odwołującego z obowiązku przynajmniej uprawdopodobnienia stawianego Zamawiającego zarzutu. Odwołujący bowiem w żaden sposób ani nie udowodnił, nie wykazał ani nie uprawdopodobnił, że cena ofertowa Przystępującego nie jest w stanie pokryć kosztów realizacji przedmiotowego zamówienia, podczas gdy Przystępujący przewidział osiągnięcie konkretnego zysku z tytułu realizacji tego przedsięwzięcia.
Odwołujący, będąc aktywnym uczestnikiem rynku usług objętych przedmiotem zamówienia, ma obiektywne możliwości oceny, czy określony poziom wyceny danego zamówienia jest realny. Tej oceny Odwołujący nie przeprowadził. Skoro tego nie uczynił w treści odwołania, należy przyjąć, iż uznał, że cena ofertowa Przystępującego jest realna. W ocenie Przystępującego sformułowanie przez Odwołującego zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny łącznie z zarzutem dotyczącym tajemnicy przedsiębiorstwa stanowi jedynie próbę pozyskania przez niego określonych informacji stanowiących podstawę kalkulacji oferty Przystępującego w celu pozyskania istotnych gospodarczo informacji, które stanowią prawnie chronioną tajemnicę Przystępującego. Może to być też próba pozyskania tych informacji wyłącznie w kontekście procesowym – w celu znalezienia jakichkolwiek punktów zaczepnych (co przy dziesiątkach pozycji kalkulacyjnych objętych przedmiotem zamówienia nie mogłoby być trudne), które mogłyby stanowić jedynie formalną podstawę do podważania przez niego wyboru oferty najkorzystniej w postępowaniu w celu konstrukcji określonych zarzutów. Samo wyspecyfikowanie ceny ofertowej przez Przystępującego w ofercie, czego Zamawiający wymagał specyfikacją istotnych warunków zamówienia, nie wzbudziło jakichkolwiek uzasadnionych przypuszczeń po stronie Odwołującego co do nierealistycznej wyceny ofertowej Przystępującego. Gdyby było inaczej, Odwołujący podniósłby w tym względzie jakiekolwiek argumenty rynkowe związane z wyceną tego rodzaju usług. Skoro takowych brak, zarzut ewentualny jest całkowicie niezasadny.
Przystępujący podtrzymał stanowisko zaprezentowane w szczegółowych wyjaśnianiach udzielonych Zamawiającemu na etapie wyjaśniania podejrzenia rażąco niskiej ceny wraz

z załączonymi dowodami i utrzymuje z całą stanowczością, że wycena jego oferty jest realna, co dodatkowo potwierdza wycena oferty Odwołującego oraz fakt, że obie oferty mieściły się w kwocie Zamawiającego przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia.
IV Ustalenia Izby
Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.
Izba ustaliła, iż stan faktyczny postępowania nie jest sporny między Stronami
i Przystępującym.
Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją Stron i Przystępującego, w oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania przetargowego przedstawionej przez Zamawiającego oraz stanowisk Stron i Przystępującego przedstawionych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje:odwołanie zasługuje na uwzględnienie.
Czynnościom Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nieprawidłowe zastosowanie art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych na skutek niewłaściwej oceny zastrzeżenia przez Przystępującego informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa i zaniechanie polegające na nieodtajnieniu treści wyjaśnień dotyczących elementów oferty wpływających na wysokość ceny, złożonych przez Przystępującego, ewentualnie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, względnie art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego oraz art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie wyboru oferty, która powinna podlegać odrzuceniu.
W zakresie zarzutu naruszenia art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba stwierdziła przede wszystkim, że w jej ocenie wystarczające jest sformułowanie zarzutu w oparciu o ww. przepisy, nie jest konieczne odniesienie się do art. 96 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jest to zgodne z praktyką orzeczniczą.
Zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne, z tym, że, jak wskazuje art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. podawanych podczas otwarcia ofert, jak: nazwy (firmy) oraz adresy wykonawców, informacje dotyczące ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofertach.
Pismem z 9 września 2020 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty w zakresie części nr 1 i części nr 2 zamówienia mających wpływ na wysokość ceny oferty, w szczególności w zakresie:
1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r.
o minimalnym wynagrodzeniu za pracę; 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów; 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska; 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy (jeżeli dotyczy), które pozwolą stwierdzić, że zaoferowana cena całkowita w złożonej ofercie nie jest rażąco niska. Zamawiający wskazał również, że wymaga, aby wyjaśnienia sposobu wyliczenia ceny oferty z wymienieniem tych elementów oferty, które mają istotny wpływ na jej wysokość, zawierały określenie liczby roboczogodzin lub ilości, wartości jednostkowe netto oraz wartości netto dla poszczególnych, zagregowanych pozycji, zgodnie z zestawieniem stanowiącym załącznik nr 1 do pisma, z zastrzeżeniem, że zakres wyszczególnionych pozycji powinien zostać wyceniony tylko jeden raz. Termin złożenia wyjaśnień Zamawiający wyznaczył na 15 września 2020 r .
Do przedmiotowego pisma Zamawiający załączył tabelę, w której szczegółowo rozpisał elementy wyceny, co do których należało podać wartość netto:
Tytuł części opracowania – 1. Projekt wstępny:
1.1 Prace przygotowawcze (analiza materiałów źródłowych przekazanych przez Zamawiającego, pozyskanie wstępnych materiałów do projektowania, uzgodnienie założeń do projektowania, wizje w terenie, zbadanie rezystywności gruntu itd.),
1.2 Techniczna i ekonomiczna analiza wariantów trasy gazociągu i konfiguracji i lokalizacji obiektów naziemnych, wybór wariantu optymalnego (w tym spotkania z interesariuszami, analiza zapisów MPZP i SUiKZP, rozwiązania techniczne, połączenia z istniejącymi obiektami gazowymi, schematy technologiczne, schematy P&ID, itp.),
1.3. Analiza odcinków trudnych wraz z profilem podłużnym, w tym m.in. techniczna
i ekonomiczna analiza wykonalności przejść bezwykopowych – opracowana przed złożeniem wniosku o uzyskanie Decyzji Środowiskowej,
1.4 Wykonanie geobazy ESRI GIS (faza projektu wstępnego),
1.5 Sporządzenie wstępnej opinii geotechnicznej, raportu z kartowania geologiczno-
-inżynierskiego w formie opisowej i graficznej,
1.6 Opracowanie treści Projektu Wstępnego oraz załączników graficznych, kompletacja opracowania, uzgodnienie z Zamawiającym, odbiór,
1.7 Inne niewymienione powyżej prace,
Razem projekt wstępny
Tytuł części opracowania – 2. Dane przestrzenne:
2.1 Zakup/aktualizacja map do celów projektowych, opracowanie mapy numerycznej (w tym pomiar nieujawnionych lub skorygowanie przebiegu błędnie naniesionej infrastruktury gazowniczej),
2.2. Zakup/aktualizacja pozostałych map (topograficznych, kolejowych, leśnych, ortofotomapy, itp.),
2.3 Opracowanie mapy numerycznej w systemie V-MAPA,
2.4 Wykonanie nalotów fotogrametrycznych oraz sporządzenie geobazy ESRI GIS,
2.5 Inne niewymienione powyżej prace,
Razem dane przestrzenne,
Tytuł części opracowania – 3. Decyzja środowiskowa:

3.1 Analiza materiałów źrodłowych przekazanych przez Zamawiającego, ewentualne dodatkowe przeglądy środowiskowe,
3.2 Opracowanie Raportu OOŚ,
3.3 Uzyskanie decyzji środowiskowej (przygotowanie i uzgodnienie wniosku, procedura administracyjna, ewentualna ponowna ocena oddziaływania na etapie projektu budowlanego)
Wykonanie geobazy ESRI GIS (faza decyzji środowiskowej),
3.4 Opracowanie zestawień drzew do wycinki, informacji o drzewach cennych przyrodniczo itp.,
3.5 Inne niewymienione powyżej prace,
Razem decyzja środowiskowa,
Tytuł części opracowania – 4. Decyzja lokalizacyjna:
4.1 Uzyskanie wszystkich opinii zgodnie z wymaganiami Specustawy,
4.2 Uzyskanie aktualnych wypisów i wyrysów z ewidencji gruntów,
4.3 Uzyskanie aktualnych wypisów z ksiąg wieczystych, sporządzenie wniosków o wpisy
o wszczęciu postępowania w sprawie wydania decyzji lokalizacyjnej,
4.4 Sporządzenie bazy nieruchomości,
4.5 Opracowanie projektów podziałów nieruchomości,
4.6 Sporządzenie operatów szacunkowych,
4.7 Inwentaryzacja stanu nieruchomości
4.8 Uzyskanie decyzji lokalizacyjnej (przygotowanie i uzgodnienie wniosku, procedura administracyjna),
4.9 Wykonanie geobazy ESRI GIS (faza decyzji lokalizacyjnej),
4.10 Inne niewymienione powyżej prace,
Razem decyzja lokalizacyjna
Tytuł części opracowania – 5. Geologia:
5.1 Sporządzenie i zatwierdzenie projektu robót geologicznych,
5.2 Opracowanie dokumentacji geologiczno-inżynierskiej,
5.3. Opracowanie geotechnicznych warunków posadowienia (projekt geotechniczny),
5.4 Badania rozliczane obmiarowo (poz A.2) formularza ofertowego),
5.5 Rezerwa na badania rozliczane ryczałtowo,
5.6 Inne niewymienione powyżej prace,
Razem geologia,
Tytuł części opracowania – 6. Projekt budowlany + pozwolenie na budowę:
6.1 Sporządzenie projektu zagospodarowania terenu (pozyskanie opinii, zgód, uzgodnień, itp.),
6.2 Sporządzenie projektu architektoniczno-budowlanego (w tym BIOZ),
6.3 Sporządzenie projektu technicznego,
6.4 Sporządzenie operatów wodno-prawnych i uzyskanie decyzji wodno-prawnych,
6.5 Inwentaryzacja dendrologiczna, operaty leśne,
6.6 Wykonanie geobazy ESRI GIS (faza projektu budowlanego),
6.7 Uzyskanie decyzji o pozwoleniu na budowę (przygotowanie i uzgodnienie wniosku, procedura administracyjna),
6.8 Inne niewymienione powyżej prace,
Razem projekt budowlany + pozwolenie na budowę,
Tytuł części opracowania – 7. Projekt wykonawczy:
7.1 Branża technologiczna,
7.2 Branża AKPiA,
7.3 Branża teletechniczna,
7.4 Branża konstrukcyjno-budowlana,
7.5 Branża elektryczna,
7.6 Przyłącza energetyczne,
7.7 Ochrona katodowa,
7.8 Branża drogowa,
7.9 Przekroczenia bezwykopowe,
7.10 Drogi montażowe,
7.11 Rekultywacja gruntów,
7.12 Próby ciśnieniowe,
7.13 Rozruch i badanie tłokiem inteligentnym,
7.14 Dokumentacja na potrzeby uzgodnienia z UDT,
7.15 Projekt odwodnienia wykopów,
7.16 Projekt naprawy urządzeń drenarskich i cieków wodnych,
7.17 Projekt organizacji robót,
7.18 Projekt organizacji ruchu,
Razem projekt wykonawczy,
Tytuł części opracowania – 8. STWiORB:
8.1. STWiORB,
Tytuł części opracowania – 9. Opracowania kosztorysowe:
9.1 Kosztorys inwestorski,
9.2 Przedmiar robót,
9.3 ZZK,
Razem opracowania kosztorysowe,
Razem dokumentacja projektowa (suma poz. 1 - 9 niniejszej tabeli) - równa poz. A.1) i A.2) formularza ofertowego,
10. Nadzór autorski (poz. B) formularza ofertowego,
11. Nadzór autorski PRAWO OPCJI (poz. C) formularza ofertowego),
12. OGÓŁEM – suma poz. A.1) + A.2) + B + C formularza ofertowego.
Podobne tabele zostały opracowane dla części nr 1 i nr 2 zamówienia.
Pismem z 10 września 20202 r. Przystępujący wniósł o przedłużenie wyznaczonego terminu do 18 września 20202 r. wskazując, że prośba jest podyktowana stopniem szczegółowości wymaganego rozbicia oraz bardzo krótkim terminem na udzielenie wyjaśnień, a także tym, że przyjęta przez Przystępującego metodologia sporządzenia kalkulacji cenowej

będzie wymagała dostosowania do rozbicia przekazanego wraz z wezwaniem.
Zamawiający wyraził zgodę na proponowany termin.
Pismem z 18 września 2020 r. Przystępujący udzielił wyjaśnień, które objął tajemnicą przedsiębiorstwa.
Ujawniona została jedynie część A. pisma zawierająca wyjaśnienia zastrzeżenia tajemnicy,
w której Przystępujący wskazał, że ze względu na zagrożenie naruszenia prawnie chronionych interesów zastrzega w całości treść wyjaśnień. „Zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się (…) W kwestii definicji tajemnicy przedsiębiorstwa stanowisko zajął również Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 3 października 2000 r. (I CKN 304/00). Zgodnie z prezentowanym przez SN stanowiskiem (…) za taką tajemnicę może być uznana określona informacja (wiadomość), jeżeli spełnia łącznie trzy warunki ma charakter techniczny, technologiczny, handlowy lub organizacyjny przedsiębiorstwa, nie została ujawniona do wiadomości publicznej, a także podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności. Powszechnie przyjmuje się, że informacja ma charakter technologiczny, kiedy dotyczy najogólniej rozumianych sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Z kolei informacja handlowa obejmuje, najogólniej ujmując, całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, nie związanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Informacja (wiadomość) <<nie ujawniona do wiadomości publicznej>> to informacja nieznana ogółowi lub osobom, które ze względu na swój zawód są zainteresowane w jej posiadaniu. Taka informacja podpada pod pojęcie <<tajemnicy>>, kiedy przedsiębiorca ma wolę, by pozostała ona tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób musi być rozpoznawalna. (…) Informacja nie ujawniona do wiadomości publicznej traci ochronę prawną, gdy każdy przedsiębiorca (konkurent) dowiedzieć się o niej może drogą zwykłą i dozwoloną, a więc np. gdy pewna wiadomość jest przedstawiana w pismach fachowych lub gdy z towaru wystawionego na widok publiczny każdy fachowiec poznać może, jaką metodę produkcji zastosowano. <<Tajemnica>> nie traci zaś swego charakteru przez to, że wie o niej pewne ograniczone koło osób, zobowiązanych do dyskrecji w tej sprawie, jak pracownicy przedsiębiorstwa lub inne osoby, które przedsiębiorca wtajemnicza w proponowany im interes. Podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji ma prowadzić do sytuacji, w której chroniona informacja nie może dotrzeć do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich strony. Informacje zawarte w wyjaśnieniach są nieujawnionymi wcześniej do informacji publicznej informacjami technicznymi, technologicznymi, organizacyjnymi przedsiębiorstwa lub należą do grupy innych informacji posiadających wartość gospodarczą, co do których Wykonawca podjął, przy zachowaniu należytej staranności, niezbędne działania w celu zachowania ich w poufności. Wszystkie wymienione powyżej przesłanki zostały spełnione
w sposób łączny. Dane objęte wyjaśnieniami, w tym stawki wynagrodzenia za poszczególne elementy zakresu zamówienia dotyczących zarówno Części nr 1 i Części nr 2 przedmiotowego postępowania, oraz system pracy personelu ILF, polityka handlowa, metodologia ofertowania (informacje organizacyjne), a także kontakty gospodarcze mają kluczowe znaczenie dla gospodarczych interesów ILF (posiadają wartość gospodarczą). Wskazać także należy, że informacje, które wskazują choćby pośrednio na warunki, na których ILF pozyskuje usługi, mogą stanowić i stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Powyższe potwierdza argumentacja zawarta m.in. w wyroku Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 21 grudnia 2006 r., sygn. akt: IX GC 200/06, czy wyrok KIO o sygn. KIO 1773/11. ILF ujawnia nie tylko szczegóły dotyczące budowania ofert, ale także tak wrażliwe dane jak średnie stawki wynagrodzenia oraz planowany zysk. Nie może budzić wątpliwości, że w skutek ewentualnego ujawnienia zawartych w przedmiotowych wyjaśnieniach informacji, ILF zostanie narażony na poniesienie znacznej szkody także w kontekście uczestnictwa w innych przetargach, gdzie wobec upowszechniania tak wrażliwych informacji, pozycja ILF zostanie osłabiona.
Informacje powyższe nie były podane w żadnej formie do publicznej wiadomości, a ILF zastrzega ich poufność we wszystkich postępowaniach przetargowych, w których bierze udział. Jednocześnie ILF podjął działania w celu zachowania ich w poufności. Wykonawca zastosował m. in. wskazane poniżej środki techniczne, organizacyjne oraz rozwiązania systemowe: a. Wszystkie informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa przekazywane są Zamawiającemu w formie osobnego pliku z dopiskiem <<Tajemnica przedsiębiorstwa>>;
b. Informacje organizacyjne, techniczne i technologiczne są zastrzegane przez Wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa i w związku z tym nie podlegają ujawnieniu w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, w których Wykonawca składa wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu bądź oferty; c. Wykonawca działa w oparciu o procedury zintegrowanego systemu zarządzania i obiegu dokumentów, dzięki któremu pracownicy uzyskują dostęp wyłącznie do tych informacji, które są im niezbędne do wykonywania obowiązków pracowniczych; d. Praca zespołów projektowych i przetargowego organizowana jest w sposób zapewniający ograniczenie dostępu do informacji o nowych projektach; e. Do umów o pracę wprowadzone zostały specjalne klauzule o poufności, zawierane są także oddzielne umowy o poufności; f. Wszystkie rozmowy, uzgodnienia, etc. prowadzone przez Wykonawcę, w tym z firmami i osobami trzecimi obwarowane są klauzulą poufności; g. Na terenie przedsiębiorstwa Wykonawcy funkcjonuje system ochrony mienia, w tym dozoru fizycznego pomieszczeń, kontroli dostępu do pomieszczeń (systemu elektronicznych przepustek), monitoringu terenu przedsiębiorstwa; h. Stosowane są także technologie zapewniające bezpieczeństwo informatyczne i monitorowania systemów IT przedsiębiorstwa; i. Ograniczono dostęp do dokumentów/informacji poprzez ograniczenie dostępu do wniosków/ofert wyłącznie osobom zaangażowanym w proces ofertowy; j. Wprowadzone i egzekwowane są procedury zachowania poufności informacji przez pracowników wewnątrz przedsiębiorstwa. Dodatkowo informujemy, iż nie są nam znane inne działania umożliwiające dostęp do danych zawartych w ww. dokumentach niż poprzez zapoznanie się z treścią złożonej oferty.”
Definicja tajemnicy przedsiębiorstwa została zawarta w art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2020 r. poz. 1913). Przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.
Jak wynika ze stanowisk Stron i Przystępującego, same kwestie prawne i teoretyczne związane z pojęciem tajemnicy przedsiębiorstwa są Stronom i Przystępującemu znane i nie są sporne, zostaną więc pominięte. Kwestią sporną jest natomiast, czy dane wyjaśnienia Przystępującego zawierają informacje mające charakter tajemnicy przedsiębiorstwa.
Wyjaśnienia Przystępującego można podzielić na trzy główne części: pismo ogólne zawierające wyjaśnienia opisowe, tabelę wyceny oraz kopie ofert.
W piśmie ogólnym Przystępujący zawarł wyjaśnienie podstaw zastrzeżenia informacji (ww. część A). Następnie, w

części B „Wyjaśnienia dotyczące ceny" zapewnił Zamawiającego, że ceny zaoferowane w przedmiotowym postępowaniu nie są cenami rażąco niskimi, lecz rynkowymi, adekwatnymi do zakresu zamówienia i bogatego doświadczenia Przystępującego, konkurencyjne w stosunku do cen zaoferowanych przez innych wykonawców oraz uwzględniają zakładany zysk, nie odbiegają od cen rynkowych. Przypomniał, że jedynie oferty Przystępującego i Odwołującego zmieściły się w kwocie, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Przywołał wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach.
W dalszej kolejności Przystępujący przedstawił swoje niezadowolenie z przyjętego przez Zamawiającego sposobu wezwania do wyjaśnień, gdyż sporządzona przez Zamawiającego tabela, która miała być podstawą wyjaśnień, nie była załączona do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Zamawiający nigdzie też nie wskazywał na wymóg takiego sposobu przygotowania i kalkulacji ceny ofertowej w niniejszym postępowaniu, w związku z czym Przystępujący przyjął inny model agregowania kosztów oraz inny sposób wyliczenia ceny, bazując na własnym doświadczeniu i wiedzy i kalkulując ją indywidualnie. Narzucenie przez Zamawiającego sposobu przedstawienia wyjaśnień co do zaoferowanej ceny spowodowało, że musiał ponownie dokonać kalkulacji ceny w celu jej dostosowania do wymagań Zamawiającego, co było pracochłonne i wykraczające poza obowiązki wynikające z ustawy Prawo zamówień publicznych oraz uniemożliwiało przedstawienie ceny jego oferty w sposób, w jaki rzeczywiście była ona kalkulowana, i jaki być może byłby wystarczający do wykazania jej realności. Wskazał na orzecznictwo KIO. Jednak, zgodnie z żądaniem, dokonał rekalkulacji swojej ceny w taki sposób, aby odpowiadała pozycjom kosztowym wskazanym przez Zamawiającego.
Część C została zatytułowana „Opis sposobu przygotowania kalkulacji cen ofertowych". Została ona podzielona na cztery części: I. Oszczędność metody wykonania zamówienia, koszty pracy, dedykowany zespół; II. Wybrane rozwiązania techniczne; III. Wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla Wykonawcy; IV. Zysk Wykonawcy.
W części tej Przystępujący wskazał na kompetencje i bogate doświadczenie zarówno personelu, jak i samej firmy. Wskazał na szacowaną liczbę roboczogodzin przewidzianą na realizację zamówienia, średnią stawkę godzinową oraz procent zysku, kwestię ubezpieczenia, korzystanie z nowoczesnych rozwiązań informatycznych i zdalnych sposobów komunikowania się. Następnie znów na doświadczenie personelu oraz niecodzienną na rynku znajomość uwarunkowań związanych z realizacją tego typu usług oraz wymienił wybrane projekty o analogicznym charakterze zrealizowane w ostatnich latach, podkreślił optymalizację pracy i sprawdzonych podwykonawców. Na koniec zaś zawarł rozważania o kwestii rażąco niskiej ceny i podstawach wzywania do wyjaśnień w tym zakresie.
Jak widać z powyższego opisu, powyższe pismo nie zawiera informacji, którym można by przypisać znamiona „informacji technicznych, technologicznych, organizacyjnych przedsiębiorstwa lub innych informacji posiadających wartość gospodarczą", czy też wskazujących na politykę handlową, metodologię ofertowania czy szczegóły dotyczące budowania ofert – jak też inne tego typu kwestie wskazywane w streszczone powyżej
w stanowisku Przystępującego. Jedyne informacje cenowe w tej części, którym została przypisana jakakolwiek wartość liczbowa, to: szacowana liczba roboczogodzin przewidziana na realizację zamówienia, średnia stawka godzinowa oraz procent zysku. Jednak są one na takim poziomie ogólności i wynikają z nie wiadomo jakich założeń (Odwołujący nie wskazał,
z czego akurat takie wartości liczbowe wynikają), że trudno im przypisać ww. wartości wskazane w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czy stanowisku Przystępującego i Zamawiającego.
Należy też zauważyć, że są to wartości tradycyjnie podawane w kosztorysach budowlanych, w których obowiązkiem jest wskazanie takich danych przyjętych przy kosztorysowaniu jak: stawka roboczogodziny, stawka pracy sprzętu, narzut na materiały oraz zysk. Zatem tradycyjnie nie są to informacje mające charakter tajemnicy przedsiębiorstwa. Z wieloletniego doświadczenia wynika także, że podanie takich informacji w kosztorysach (często bardzo szczegółowych) w danym przetargu w żaden sposób nie wpływa na sytuację rynkową wykonawcy – w innym przypadku każdy wykonawca, który w jednym przetargu zapoznał się
z ofertami konkurentów, mógłby wygrywać wszystkie przetargi, a tak nie jest.
Co do drugiej części wyjaśnień, tj. tabeli wyceny, której opis pozycji dla części nr 1 został zacytowany powyżej (dla część nr 2 jest analogiczny), Izba zauważa, że tę część również trudno uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa Przystępującego, zwłaszcza związaną z jego szczególnym *know-how* co do metod wyceny – biorąc pod uwagę, że tabela ta została przygotowana przez Zamawiającego i, jak podkreślał Przestępujący w piśmie zawierającym prośbę o przedłużenie terminu złożenia wyjaśnień, jak i w samych wyjaśnieniach, nie ma nic wspólnego z metodą wyceny, jaką zastosował Przystępujący. Trudno więc tu wskazać, jakie informacje „techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą", jak też politykę handlową, metodologię ofertowania
i szczegóły dotyczące budowania ofert dotyczące Przystępującego zawiera przedmiotowa tabela.
Jedynymi dokumentami, które można uznać za zawierające elementy tajemnicy przedsiębiorstwa, jest część trzecia wyjaśnień, tj. kopie ofert przedstawionych przez Przystępującego.
Jak wskazał jednak Odwołujący podczas rozprawy, nie żąda on udostępnienia mu kopii ofert.
W związku z powyższym Izba stwierdziła, że przedmiotowe wyjaśnienia Przystępującego
z 18 września 2020 r. w swojej znaczącej części nie zawierają informacji, które można zakwalifikować jako tajemnicę przedsiębiorstwa i nakazała Zamawiającemu ujawnienie treści wyjaśnień złożonych przez Przystępującego za wyjątkiem załączników w postaci ofert podwykonawców (czy też dokładniej: podmiotów trzecich mogących być potencjalnymi podwykonawcami).
W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4, względnie art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba stwierdziła, co następuje.
Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia,
a art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.
Odwołujący wskazał, że zarzut w zakresie niezasadnego objęcia wyjaśnień Przystępującego tajemnicą przedsiębiorstwa jest zarzutem głównym, a zarzut rażąco niskiej ceny –
a w konsekwencji nieprawidłowego wyboru oferty najkorzystniejszej – jest zarzutem ewentualnym, podnoszonym tylko w razie nieuwzględnienia przez Izbę zarzutu zaniechania odtajnienia przez Zamawiającego wyjaśnień Przystępującego, który w przypadku uwzględnienia zarzutu głównego nie powinien podlegać rozpoznaniu.
W związku z powyższym – zgodnie ze stanowiskiem Odwołującego – Izba nie była zobowiązana do rozpatrywania tego

zarzutu.
Przede wszystkim jednak Izba nie rozpatrywała tego zarzutu, gdyż uznała go za niesformułowany.
Zgodnie z art. 180 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Co do zasady, i poprawnie, zarzuty i żądania formułowane są na wstępie odwołania, a uzasadnienie, jak nazwa wskazuje, służy przedstawieniu argumentacji na ich poparcie. Przyjmuje się, że zarzutem jest wynikająca z odwołania czynność/czynności lub zaniechanie/zaniechania zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, które można wywnioskować z całej treści odwołania, opisana na tyle jasno, by zamawiający mógł stwierdzić, czy zarzucane mu uchybienia rzeczywiście nastąpiły i ewentualnie uwzględnić odwołanie, by je naprawić. Samego przywołania treści przepisów – co *de facto* miało miejsce w niniejszym odwołaniu – nie można uznać za prawidłowe sformułowanie zarzutu. Bezsporne jest, że odwołanie w tym zakresie nie podlega uzupełnieniu.
Co do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba stwierdziła, że zgodnie z tym przepisem zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przedmiotowe odwołanie nie zawiera zarzutów dotyczących nieprawidłowej oceny ofert w zakresie ustalonym kryteriami oceny ofert.
W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji
O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r.
w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów
w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972), uwzględniając uiszczony przez Odwołującego wpis w wysokości 15.000 złotych oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w wysokości 3.600 złotych.

Przewodniczący:……..…